

EL TRÁFICO MUNDIAL DE ÓRGANOS: COMERCIALIZACIÓN DEL CUERPO HUMANO Y PRÁCTICAS DE DESIGUALDAD*

GLOBAL ORGAN TRAFFICKING: COMMERCIALITY OF THE HUMAN BODY AND INEQUALITY PRACTICES

VALERIA GIORDANO
Universidad de Salerno

Fecha de recepción: 12-6-17

Fecha de aceptación: 12-9-17

Resumen: *Sobre la base de un análisis sociológico, a escala global se destaca un número cada vez mayor de sujetos sometidos a dinámicas de explotación tan fuertes como para estar privados completamente del goce y del ejercicio de derechos fundamentales. En particular, respecto del tema del tráfico de órganos, se registran prácticas de desigualdad radicalizadas en las bolsas de pobreza generadas por los conflictos bélicos, por equilibrios políticos precarios y por legislaciones migratorias restrictivas. El ensayo analiza estas problemáticas partiendo del tema de la trata de seres humanos con la finalidad de trasplantar órganos, hasta llegar a la más amplia cuestión de la comercialización del cuerpo humano y de la legalización del mercado.*

Abstract: *From a perspective of sociological analysis it is possible to highlight on a global scale the growing number of human beings subjected to dynamics of exploitation so severe that they are completely deprived of the enjoyment and exercise of their fundamental rights. Regarding the issue of organ trafficking in particular, there are radicalized inequality practices in the pockets of poverty generated by armed conflicts, by precarious political balances and by restrictive immigration laws. This essay deals with these problems that starting from the trafficking of human beings with the purpose of transplanting organs aims to analyze the broader issue of the commerciality of the human body and the legalization of the market.*

* Traducción del italiano de M. Colucciello.

Palabras clave: mercantilización, decisión, explotación, vulnerabilidad, derechos
Keywords: commodification, choice, exploitation, vulnerability, rights

1. DESIGUALDADES Y DELITOS INVISIBLES

Del análisis sociológico de Kevin Bales¹ emerge a escala global un número cada vez mayor de sujetos sometidos a dinámicas de explotación tan fuertes como para estar completamente privados del goce y del ejercicio de derechos fundamentales.

Respalda esta tendencia –cuyos datos son alarmantes– la afirmación de modalidades incontroladas de dominio y negocio del cuerpo humano que, por lo general, son “invisibles” desde un punto de vista externo, escondidas en las bolsas de desigualdad de las ricas capitales del Occidente democrático, así como en las rutas trazadas de la India a Pakistán, hasta Mauritania y Brasil.

El punto de partida para el análisis y la realización de estas nuevas formas de esclavitud es un representación del cuerpo como una mercancía de usar y tirar, a someter a abusos inhumanos. De hecho, si el proceso de civilización democrática empieza con el *habeas corpus* –el principio de la inviolabilidad personal contra el albedrío del poder– la situación de los órdenes globales destaca prácticas de sujeción y de dominio sobre el cuerpo del otro, subyugado con violencia y constricción, que abarca tanto la *explotación del trabajo infantil* y la *prostitución* como la *trata de seres humanos*.

Una visión continuista individua en el control total de una persona sobre otra con la finalidad de explotarla económicamente el elemento de enlace con la antigua esclavitud, poniendo el *discrimen* en la ausencia de la reivindicación del otro como pertenencia propia y en el debilitamiento de la diferenciación étnico-racial: en este caso, en lugar del ámbito de la discriminación racial, la alteridad parece jugarse en el terreno de una subordinación jerárquica² procedente de la miseria y de la pobreza extrema.

En la mayoría de los casos, se trata de fenómenos invisibles, poliformes, con perfiles borrosos, que convierten en muy problemática la posibilidad de

¹ K. BALES, *Disposable People. New Slavery in the Global Economy*, The Regents of the University of California, Oakland, 1999.

² Cfr. T. CASADEI, *Il rovescio dei diritti umani. Razza, discriminazione, schiavitù*, DeriveApprodi, Roma, 2016.

su descripción sociológica, y también son difíciles de enmarcar en categorías de delitos por lo que al ámbito jurídico se refiere.

Es indudable que el eje de la pregunta teórica es el tema de la “commodification”, de la mercantilización del cuerpo que exige una problematización a la luz de las múltiples formas de radical explotación y control ejercidas sobre el cuerpo de los demás: inevitablemente, en la negación de la autonomía del otro y en su violabilidad, estas presentan unas modalidades “objetivantes”³.

De hecho, si integridad, inviolabilidad, indisponibilidad del cuerpo son principios que permiten no quitar a la persona el poder de gobernar libremente su propia vida, instrumentalidad y fungibilidad⁴ conllevan la reducción de persona a cosa, perjudicando la noción kantiana de dignidad humana, la idea de que el “reconocimiento del otro se fundamenta en el valor moral de la persona en sí misma”⁵.

En particular, el tema de los confines del cuerpo, de su intercambiabilidad y de la fungibilidad de algunas de sus partes, entendidas como piezas de recambio, adquiere una importancia particularmente dramática con referencia a la trata de seres humanos para trasplantar los órganos, respecto de la cual estamos frente a un delito “invisible”, por la ausencia de estadísticas oficiales a este respecto⁶. En efecto, si hasta hace algunas décadas ese comportamiento delictivo adquiría los rasgos de un mito, el reconocimiento oficial por parte de las Naciones Unidas –y del Consejo de Europa– de una relación entre trata de seres humanos y tráfico de órganos ha puesto de manifiesto la

³ El concepto de objetivación formulado por Kant en *Fundación de la Metafísica de las Costumbres* (1790) para indicar la reducción de un sujeto a un mero instrumento sexual se desarrolla desde el punto de vista feminista en C. MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1989.

⁴ Para Martha Nussbaum, el concepto de objetivación incluye siete dimensiones: instrumentalidad, negación de la autonomía, inercia (el objeto es una entidad exenta de capacidad de acción y de dinamismo), fungibilidad, violabilidad, propiedad: M. NUSSBAUM, “Sex and Social Justice” en M. NUSSBAUM (ed.), *Objectification*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 213-239.

⁵ Cfr. P. BECCHI, “Dignità umana”, en U. POMARICI (ed.), *Atlante di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 145. El concepto de dignidad se desarrolla en I. KANT, *Fondazione della Metafisica dei Costumi* (1790), trad. it. Rusconi, Milano, 1994, sobre todo pp. 157 y ss. y en I. KANT, *Metafisica dei costumi*, trad. it, Laterza, Roma-Bari, 1999, sobre todo pp. 249 y ss.

⁶ Para un análisis de las asimetrías de los datos estadísticos se remite a A. MANZANO, M. MONAGHAN, B. POTRATA, M. CLAYTON, “The Invisible Issue of Organ Laundering”, *Transplantation*, núm. 98 vol. 6, 2014, pp. 600-603.

importancia de afrontar de forma no marginal la situación criminosa emergente, desembocando en la promulgación de una serie de documentos internacionales que reglamentan la acción de contraposición y que uniforman las discrepancias legislativas internas a cada ordenamiento estatal⁷.

Junto con estos casos de delitos que completan el comportamiento del *trafficking in human beings*, para evitar la impunidad de todos esos delitos relacionados con la actividad de trasplantes diferentes del tráfico y de la venta de seres humanos con la finalidad de sacarles los órganos, el Convenio del Consejo de Europa circunscribe rigurosamente la cuestión de las complejas dinámicas subyacentes al mercado clandestino de los órganos, ofreciendo desde un punto de vista jurídico una normativa diferenciada con relación a las responsabilidades de los sujetos comprometidos a nivel transnacional.

Así las cosas, el tema de los trasplantes clandestinos parece ser muy complejo y articulado y presenta diferentes tipificaciones jurídicas aunque, sin remitir a definiciones analíticas, en el ámbito factual se registran la dificultad de delimitar formalmente los comportamientos delictivos y, al mismo tiempo e inevitablemente, la ambigüedad semántica de las categorías jurídicas de referencia.

En particular, respecto del tema más general de los trasplantes de órganos, se asiste a un creciente aumento del léxico propietario que genera una constante ambivalencia entre prácticas de libertad y dinámicas de explotación. En efecto, la expansión difusiva del léxico propietario que remonta a John Locke⁸ y a la reivindicación de un derecho real de propiedad sobre su

⁷ A este respecto, véanse los documentos a continuación: *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children*, que es uno de los tres protocolos adicionales a la llamada Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada Transnacional (*The United Nations Convention against Transnational Organized Crime*), adoptada en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, y vigente a nivel internacional desde el 25 de diciembre de 2003; Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina (*Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*) firmado el 4 de abril de 1997, vigente a partir del primero de diciembre de 1999 y adoptado por 29 países; Protocolo adicional al Convenio de Oviedo sobre el trasplante de órganos y de tejidos de origen humano firmado en Estrasburgo el 24 de enero de 2002 y vigente a nivel internacional a partir del primero de mayo de 2006; Consejo de Europa, Convención contra el tráfico de órganos humanos, STCE n. 216, Santiago de Compostela, 25 de marzo de 2015.

⁸ J. LOCKE, "Secondo trattato sul governo", en J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, Utet, Torino, 1982, pár. 27.

propio cuerpo⁹, tiende a ampliar desmedidamente la esfera de la disponibilidad de los sujetos, pero nos proporciona –respecto del tema de la comercialidad del cuerpo humano– prácticas que perjudican la integridad personal y el derecho a la salud de cada individuo.

El ensayo profundiza en la explicación de las modalidades de explotación relacionadas con el tráfico ilegal de los órganos y parte de la premisa de que, desde el punto de vista político, se necesitaría desincentivar la petición clandestina que hace aumentar la oferta en los países más pobres, en los que las condiciones socio-económicas convierten a las personas en extremadamente vulnerables.

Hacer frente a la demanda y no sucumbir al autoengaño de una legalización del mercado a través de una extensión del estatuto propietario del cuerpo –hipótesis analizada en el texto desde el punto de vista teórico, pero éticamente discutible además de muy problemática desde aquel práctico-deliberativo– significaría influir en las prácticas de desigualdad que se radicalizan en las bolsas globales de pobreza generadas por conflictos bélicos, equilibrios políticos precarios y políticas migratorias restrictivas.

2. TRATA DE SERES HUMANOS E INMIGRACIÓN CLANDESTINA

Para la *Global Financial Integrity*¹⁰ –la fundación que se ocupa de analizar los flujos financieros ilícitos– el 10% de los 118.000 trasplantes realizados cada año en el mundo es ilegal: alrededor de 12.000 trasplantes rentan al mercado negro y a las organizaciones criminales hasta 1,4 millardos de dólares.

Se trata de estimaciones que hablan de un negocio internacional incesante, alimentado por pobreza y desesperación, y en el cual la geopolítica de los Estados parece condicionar mucho las rutas del tráfico de órganos. En efecto, si el primero y verdadero bazar de los órganos es la India –donde solo en Mumbai casi 8 millones de dólares habrían pasado de 1970 a 1980 de los clientes/pacientes a los intermediarios¹¹– historias de migrantes en la confluencia árabe de Egipto/Sudán/Emiratos Árabes cuentan el drama de cru-

⁹ Cfr. sobre este punto V. MARZOCCO, *Dominium sui: il corpo tra proprietà e personalità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

¹⁰ Unhcr/GlobalFinancialIntegrity, 2017, consultable en el enlace:

http://www.gfintegrity.org/wp-content/uploads/2017/03/Transnational_Crime-final.pdf

¹¹ E. MO, "Presentazione" en F. PORCIANI, *Traffico d'organi. Nuovi cannibali, vecchie miserie*, Franco Angeli, Milano, 2012, p. 11.

ces de confines, caracterizados por el riesgo de convertirse en mercancía de intercambio para el tráfico de órganos, en ausencia del pago de un rescate.

Son historias inquietantes de coerción y violencia, que registran la existencia de organizaciones criminales que afectan al Occidente también, aunque muestren una estructura transnacional, en la que el *trafficking in human beings*¹² se inserta en la red ilegal de gestión del tránsito de los flujos migratorios:

“There are increasing numbers of migrants worldwide, many of whom are at risk of being trafficked and exploited. These growing “mixed-migration flows” are comprised of economic migrants, displaced persons, asylum-seekers and refugees, either on a voluntary or involuntary basis, and in both regular and irregular situations. Jobless and in desperation, they become easy targets for those who exploit and abuse them in this high profit low risk industry, operating where overly restrictive migration policies can create the perfect conditions for human trafficking and exploitative practices”¹³.

Precisamente estas últimas permiten diferenciar ese delito transnacional de aquel de “smuggling”, de inmigración clandestina, un crimen definido por el derecho internacional como “the procurement, in order to obtain, directly or

¹² La trata de personas se puede definir en varios modos. Según la definición del Protocolo de las Naciones Unidas en materia de trata de seres humanos –adoptada por los 160 Estados miembros de la ONU que ratificaron el protocolo 5– hay tres elementos “distintivos” de la trata de personas: el acto, los medios y la finalidad. Estos tres elementos deben coincidir para que se pueda hablar de tráfico de personas. Sin embargo, cada elemento presenta una serie de manifestaciones. El protocolo sobre la trata de personas especifica que el “acto” remite al reclutamiento, al transporte, al desplazamiento, al hospedaje y a la acogida de personas, por medio de la amenaza o del uso de la fuerza, del engaño, de la coerción, del secuestro, de la estafa, del abuso de poder, de una posición vulnerable o de concesión de beneficios (los llamados medios), para lograr el consenso de una persona que puede ejercer su autoridad sobre otra para explotarla. Cfr. el informe global sobre la trata de personas, 2014, UNODC. Sobre estos temas, cfr. S. TAHER, “Moral and Ethical Issues in Liver and Kidney Transplantation”, *Saudi Journal of Kidney Diseases and Transplantation*, vol. 16, núm. 3, 2005; N. LARSEN, R. SMANDYCH (eds.), *Global Criminology and Criminal Justice: Current Issues and Perspectives*, University of Toronto Press, Toronto, 2007. Cfr. sobre el tema por lo menos E. J. PÉREZ ALONSO (dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, además de E. J. PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina. Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; J. O’CONNELL DAVIDSON, *Modern Slavery. The Margins of Freedoms*, Palgrave MacMillan, Basingstoke-Nueva York, 2015.

¹³ Tal y como se destaca en los *Report of the Special Representative and Coordinator for Combating Trafficking in Human Beings*, Osce 2014-2015 y en *UN Office on Drugs and Crime’s* (UNODC), 2014, de cada tres víctimas, una es un niño.

indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State of which the person is not a national or a permanent resident”¹⁴, y que hace desembocar su comportamiento delictivo en la organización del transporte, sin preveer otras ventajas en la inmigración clandestina del migrante. Así las cosas, un punto esencial en la diferenciación de los dos casos es el elemento del consenso y de la participación activa de sujetos: engaño, violencia y sometimiento forman parte integrante del delito de *trafficking in human beings*, en el cual la explotación del migrante adquiere diferentes modalidades, como prostitución, trabajo forzoso, tráfico de órganos, etc.

Si el *trafficking in human beings* representa un fenómeno global con diferentes facetas que van de la explotación del trabajo infantil a la inducción a la prostitución, hasta la verdadera trata dirigida al trasplante de órganos¹⁵, es evidente que nos hallamos frente a nuevas esclavitudes que albergan en las ramificaciones del mercado clandestino de migrantes, a menudo escondidas por las políticas restrictivas de los países de destino e igualadas por la mercantilización de la persona, privada de su propia dignidad humana y reducida a objeto de intercambio.

Se trata indudablemente de un sistema reticular muy amplio, que atestigua la existencia de un mercado global entregado a la mercantilización de la persona y que arroja luz sobre la muy estrecha relación entre pobreza y vulnerabilidad de los sujetos, entre demanda global y explotación de los cuerpos que cuentan historias dramáticas de subordinación: en su reciente libro sobre la explotación en las sociedades neoliberales avanzadas, Saskia Sassen afirma que las actuales “expulsions from home, land, and job have also had the effect of giving expanded operational space to criminal networks and to the trafficking of people”¹⁶. Más allá de la representación baumaniana de las *vidas desperdiciadas* o *excedentes*¹⁷, se trata de vidas que antes de ser dirigidas al *basural*, al *vertedero*, se introducen en un circuito de ulteriores y continuas formas de explotación, tal vez

¹⁴ Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime.1 United Nations, Treaty Series, vol. 2241, n. 39574.

¹⁵ El Protocolo sobre la trata de personas adoptado en Palermo en diciembre de 2000, considera como “explotación” integrante sobre todo: “the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs”.

¹⁶ S. SASSEN, *Expulsions. Brutality and Complexity in the Global Economy*, The Belknap Press of Harvard University, Cambridge-London, 2014, p. 89.

¹⁷ Z. BAUMAN, *Wasted Lives. Modernity and its Outcasts*, Polity Press, Cambridge, 2003. A este tema está dedicado el ensayo de T. CASADEI, “Human Wastes”? Contemporary Forms

desplazadas del centro hacia la periferia; de hecho, asistimos al “material development of growing areas of the world into extreme zones for key economic operations. At one end this takes the shape of global outsourcing of manufacturing, services, clerical work, the harvesting of human organs, and the raising of industrial crops to low-cost areas with weak regulation”¹⁸.

Así pues si, por un lado, la lógica económica del mercado vuelve a trazar la relación entre migración y mercantilización del cuerpo, radicalizando los desequilibrios económico-sociales de sujetos extremadamente vulnerables, por otro lado, el mercado de los órganos como “turismo de los trasplantes” se practica en todo el mundo.

Como se destaca en el informe de la OMS, “the international organ trade links the incapacity of national health care systems to meet the needs of patients with the lack of appropriate regulatory frameworks or implementation elsewhere: It exploits these discrepancies and is based on global inequities”¹⁹.

Por lo tanto, la mercantilización de los cuerpos presenta aspectos extremadamente problemáticos tanto con referencia a la cuestión de los migrantes –los cuales, a la hora de cruzar los confines nacionales, llegan a ser objeto de transacción económica, atrapados por un mercado clandestino global– como con relación a las problemáticas relacionadas con el tráfico de órganos, cuya demanda en aumento está alimentando un mercado lozano que de la India llega hasta América Latina, de Nepal va hasta Filipinas, de Sudáfrica llega a Turquía, de la ex Unión Soviética va a China. A partir de 2000, en esas rutas del tráfico de órganos se van trazando verdaderos flujos que de Estados Unidos y Canadá se dirigen hacia América latina y Suráfrica, de Japón hacia Filipinas y China, mientras en Europa se persiguen las bolsas de miseria derivantes de conflictos bélicos, de choques étnicos y variables acontecimientos políticos²⁰.

Como ha puesto de manifiesto Nancy Scheper-Hughes, “the ideal condition of economic globalization have put into circulation mortally sick bodies travelling in one direction and healthy organs, encased in their human

of Slavery and New Abolitionism”, *Soft Power. Revista euro-americana de teoría e historia de la política y del derecho*, vol. 4, núm. 2, 2016, pp.109-124.

¹⁸ S. SASSEN, *Expulsions. Brutality and Complexity in the Global Economy*, cit., p. 9.

¹⁹ Y. SHIMAZONO, “The State of International Organ Trade: A Provisional Picture Based on Integration of Available Information”, *Bullettin of the World Health Organization*, núm. 85, 2007, p. 956.

²⁰ Un análisis detallado de estos flujos se halla en F. PORCIANI, *Traffico di organi*, cit., sobre todo pp. 31-39.

packages, in another, creating a bizarre kula ring of international trade in bodies²¹. In all these new transplant transaction are a blend of altruism and commerce, of consent and coercion, of gift and theft, of care and invisible sacrifice". Se ha intentado detener la difusión del mercado global de los órganos con la retórica sobre los conceptos de dignidad del cuerpo y de soberanía del Estado, pero los resultados no han sido satisfactorios. En Occidente, la cultura de los trasplantes de órganos parece ser acompañada por una gran cantidad de "inmunosupresores culturales" que convierten en aceptables y sostenibles ideológicamente las prácticas de trasplante²² y -añadimos- "normalizan" esas prácticas, también en las formas más extremas y radicales, con la consiguiente exigencia de redefinir el límite vida/muerte, enfermedad/salud.

3. MANIPULAR LA VIDA ENTRE LÓGICAS DE EMPOWERMENT Y EXPLOTACIÓN

Precisamente a partir del tema de los trasplantes de órganos, el razonamiento sobre el límite entre vida y muerte -y sobre el estatuto de la enfermedad- desde la segunda mitad del siglo pasado presenta un rasgo peculiar que ha llevado a una imprescindible reflexión sobre el carácter social y político del tema, en lugar del mero y exclusivo alcance biológico o filosófico²³. Una vez más, las palabras de Scheper Hughes pueden ayudarnos a entender mejor: "Death is, of course, another key word in transplantation. The possibility of extending life through transplantation was facilitated by medical definitions of irreversible coma (at the end of the 1950s) and brain-stem death (at the end of the 1960s), when death became an epiphenomenon of transplantation. Here one sees the awesome power of the life sciences and

²¹ N. SCHEPER-HUGHES, "Keeping an Eye on the Global Traffic in Human Organs", *The Lancet*, vol. 361, 2010, 2003, p. 1645.

²² N. SCHEPER-HUGHES, "The Human Traffic in Human Organs", *The University of Chicago Press on Behalf of Wenner-Gren Foundation for Anthropological Research*, vol. 41, 2000, p. 194: "Cultural notions about the dignity of the body and of sovereign states pose some barriers to the global market in body parts, but these ideas have proven fragile".

²³ Sobre la transformación de la noción de muerte más allá de la identificación con un estado clínico de un determinado sujeto desde la óptica de noción cultural, véase F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, "Eutanasia", en M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, A. SCERBO (eds.), *Questioni di vita e di morte. Etica pratica, bioetica, filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 191-227.

medical technology over modern state”²⁴. Llega a cumplirse aquel proceso que, gracias a los avances incesantes de las biotecnologías, tiende cada vez más a quitar a los individuos la disponibilidad de su propio cuerpo (enfermo o muerto), para entregarlo al “cuidado” de quien detenta el poder.

En otras palabras, se trata de aquel proceso que Nikolas Rose ha descrito muy bien por medio de la categoría de *Politics of Life Itself*²⁵, planteando un verdadero cambio de paradigma que sigue la transición gradual de técnicas de gobierno disciplinarias –que abjetivan los cuerpos y sus infinitas manifestaciones: cuerpos disciplinados, colocados espacialmente, útiles al poder, pues cuerpos dóciles²⁶– a técnicas de gobierno, dirigidas a la seguridad y al control, que se encargan de los cuerpos, los cuidan, los incrementan y los potencian²⁷.

En efecto, precisamente en el ámbito de la gestión de la salud, del empleo y de las prácticas médicas se afirma ampliamente la lógica del *homo*

²⁴ N. SCHEPER-HUGHES, “The Human Traffic in Human Organs”, cit., p. 200.

²⁵ N. ROSE, *The Politics of Life Itself. Biomedicine, Power and Subjectivity in the Twenty-First Century*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2007, p. 3: “politics has long been concerned with the vital lives of those who are governed [...] the vital politics of the eighteenth and nineteenth centuries was a politics of health – of rates of birth and death, of diseases and epidemics, of the policing of water, sewage, foodstuffs, graveyards, and of the vitality of those agglomerated in towns and cities. Across the first half of the twentieth century this concern with the health of the population and its quality became infused with a particular understanding of the inheritance of a biological constitution and the consequences of differential reproduction of different subpopulations; this seemed to oblige politicians in so many countries to try to manage the quality of the population, often coercively and sometimes murderously, in the name of the future of the race. However, the vital politics of our own century looks rather different. It is neither delimited by the poles of illness and health, nor focused on eliminating pathology to protect the destiny of the nation. Rather, it is concerned with our growing capacities to control, manage, engineer, reshape, and modulate the very vital capacities of human beings as living creatures”.

²⁶ Cfr. M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Editions Gallimard, Paris, 1975. En la reflexión foucaultiana sobre las sociedades disciplinarias, el poder actúa sobre cuerpos dóciles, pues cuerpos sobre los cuales ejerce una coerción constante, imponiéndoles un sometimiento continuo.

²⁷ En realidad, se trata de una persistencia del rasgo biológico como discriminante, como parte integrante de la actual política de la vida. Tal y como ha puesto de manifiesto A. TUCCI, “L’artificio razziale”, en A. CATANIA, F. MANCUSO (eds.), *Natura e artificio. Norme, corpi, soggetti tra diritto e politica*, Mimemis, Milano-Udine, 2011, p. 207, el discurso sobre las técnicas contemporáneas de gobierno, que atañen a la salud, la enfermedad, el cuerpo y definen ciudadanías a partir de la centralidad del factor biológico molecular –y por esto mismo intencionalmente pluralístico y diferencialista– no se zafa de la consecuencia biopolítica heterónoma, sobre la base de la cual se hacen elecciones y programas políticos.

oeconomicus, empresario de sí mismo²⁸, sujeto titular de intereses que en las sociedades liberales avanzadas está totalmente comprometido en la gestión de sus negocios, en el logro de sus objetivos específicos y de su propia seguridad. El individuo se confirma “productor” –y no solo destinatario– de las políticas y prácticas dirigidas a la seguridad y a la salud: pacientes cada vez más comprometidos, consumidores activos y responsables de los productos y de los servicios médicos²⁹.

Y esto, de alguna manera, es el resultado de lo que las ciencias sociales, sobre todo las de los últimos veinte años, han llamado *gestión y control del riesgo y de la seguridad*³⁰.

Cabe decir que se trata de una lógica del incremento y del *empowerment* que se caracteriza por otras modalidades respecto de la lógica de la autoconservación del sí mismo que, en la modernidad, habían impulsado los estudios médicos.

En realidad, la reflexión política y cultural sobre el comercio de órganos presenta toda la ambivalencia de prácticas que varían entre formas de explotación y dispositivos de *empowerment*, y ambos se colocan en una lógica más amplia que implica el control y la gestión de la vida de las personas, por medio de la *selección*, mejor dicho de la *evaluación selectiva de los cuerpos*. Son “cuerpos que importan”, retomando el título de un famoso libro de Judith Butler³¹, dependiendo de la función y de la importancia que se les atribuye, con pesadas secuelas sobre la medicina y el derecho, que cada vez debe ocuparse de casos concretos y específicos, difícilmente clasificables en estadísticas generales pero que, de todas formas, responden a una lógica de continua e incesante subsunción de lo biológico en el ámbito del derecho y consiguiente juridificación de los cuerpos³².

²⁸ M. FOUCAULT, *The Birth of Biopolitics, Lectures at the Collège de France*, Palgrave, MacMillan, New York, 2008, p. 226.

²⁹ “This complex of marketization, autonomization, and responsabilization gives a particular character to the contemporary politics of life in advanced liberal democracies”: N. ROSE, *The Politics of Life Itself. Biomedicine, Power and Subjectivity in the Twenty-First Century*, cit., p. 4.

³⁰ Véanse, entre otros, U. BECK, *La società del rischio. Verso una nuova modernità*, Carocci, Roma, 2000; Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza*, il Mulino, Bologna, 1999.

³¹ J. BUTLER, *Bodies that Matter: On the Discursive Limits of Sex*, Routledge, London, 1993.

³² Cfr. pár. 4.

Y precisamente el hecho de remitir el tema a lo jurídico presenta todas las dificultades de gestión y comprensión de un fenómeno complejo y contradictorio. De hecho, si la falta de reglas lleva inevitablemente a mecanismos de explotación y sometimiento a lógicas de mercado, a menudo despiadadas, manifestando una brecha espantosa entre “compradores” y “oferentes”, la tentativa de reglamentación reduce cada vez más el principio laico e ilustrado de la disponibilidad de su propio cuerpo que si, por un lado, responde a principios constitucionales imprescindibles, por otro lado, debilita la autonomía y la libertad de los sujetos, comprometiendo indudablemente la percepción de su propia identidad, relacionada imprescindiblemente –en la reflexión antropológica y política– con el tema de la integridad de su propio cuerpo³³.

Para concluir este punto, podemos decir que estamos completamente hundidos en la lógica del mercado que actúa mediante la atribución de valor a los cuerpos, íntegros o divididos en trozos: por un lado, hay *cuerpos* que valen demasiado, por otro lado, hay *vidas* que no valen para nada o muy poco, pues víctimas de explotación racial, de género y económica.

4. COMERCIALIZIDAD DEL CUERPO HUMANO ENTRE ELECCIONES, DINÁMICAS DE EXPLOTACIÓN Y PRÁCTICAS DE DESIGUALDAD

En una famosa conferencia de la *American Society of Transplants Surgeons*, organizada en Boston en 2004, la cuestión de la comercialidad del cuerpo humano se halla dramáticamente en el centro de la reflexión bioética. La hipótesis de una carta de los derechos del donante de órganos contra reembolso que se delineó en aquella ocasión y que tuvo un gran eco en todo el mundo, representa indudablemente una prueba tangible de un cambio de paradigma en una parte de la comunidad científica. Si ya hace algunos años antes

³³ En el citado “The Global Traffick in Human Organs”, refiriendo experiencias concretas, Scheper Hughes muestra que la integridad del cuerpo es central en las cuestiones relativas a los trasplantes, como en el caso del contador jubilado brasileño el cual, frente a la ley sobre el consenso supuesto, afirma: “Does this law mean that when I die they can take my body, cut it up, take what they wish, even if my family does not agree? [...] Stamp it very large on my identity card: “Fagundes will not donate anything!” (p. 210), o bien la madre que en una pequeña ciudad de Sudáfrica, frente al cuerpo del hijo al cual habían sido trasplantados los ojos sin el preventivo consenso de los padres, afirma: “Although my son is buried, is it good that his flesh is here, there, and everywhere, that part and parcel of his body are still floating around? [...] Must we be stripped of every comfort as well as our dignity? [...] How could the medical doctor decide or know what was a priority for us?” (p. 206).

un famoso nefrólogo israelí³⁴ había puesto de manifiesto la relación entre el tráfico de órganos y la participación y cooperación de algunos gobiernos en términos de reembolsos económicos y sanitarios a los pacientes/donantes, la idea de una mediación y de un control público de las transacciones económicas relativas a la enajenación de un órgano se prevé para poner atajo a los “poderes salvajes” del mercado³⁵.

Es indudable que falta el núcleo simbólico del *don* que representa el elemento constitutivo de la disciplina jurídica de los trasplantes hacia una reglamentación basada en el contrato y en la elección ética individual. De hecho, si el modelo altruista y solidario no parece saber garantizar el goce del derecho a la salud de cada individuo al no tener un alcance incrementativo³⁶, la posibilidad de tomar recursos del esquema contractual dentro de nuevos confines trazados por el derecho permitiría reducir la brecha entre demanda y oferta y repensar en nuevas formas de mercado, no necesariamente remitibles a modalidades de explotación³⁷.

La exclusión de formas privadas ilegales de intermediación permitiría aumentar la recompensa económica del donante, anulando el provecho de las agencias internacionales, llegando a imaginar que todos los bienes son conmensurables y reducibles a una unidad de medida susceptible de transacción económica.

Si la mercantilización representa una amenaza para la dignidad de la persona, transformada en una reserva de piezas de recambio, cabe afirmar que, desde otro punto de vista, privatizar el cuerpo, construyendo derechos de propiedad sobre los órganos, representaría una esperanza de aumento de los recursos, sobre la base de la cual incremento y enajenación se armonizan

³⁴ Nos estamos refiriendo a Michael Friedlaender.

³⁵ Esos poderes, sin límites ni controles, tienden a concentrarse y acumularse en formas absolutas, convirtiéndose en poderes salvajes frente a la ausencia de reglas: L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

³⁶ Para una idea incremental de los recursos, no basada en la comercialidad del cuerpo sino en un derecho de opción por parte de quien haya prestado el consenso al trasplante de órganos post-mortem, cfr. P. BECCHI, “Il problema dell’allocazione degli organi. Plaidoyer per una terza via tra il ‘puro’ dono e il ‘libero’ mercato”, en *Filosofia e realtà del diritto. Studi in onore di Silvana Castignone*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 233-247.

³⁷ Hay muchos estudios sobre la posibilidad de que el mercado no implique necesariamente explotación. En Italia, entre otros, véase P. SOMMAGGIO, *Filosofia del biodiritto. Una proposta socratica per società post-umane*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 9.

de forma objetiva, presentándose como poder de gobierno del propio cuerpo ejercido sobre un específico objeto corpóreo³⁸.

Desde esta óptica, el concepto de “choice” permitiría discriminar entre *commodification* y *exercise of self-ownership*³⁹, un dualismo necesario para justificar la posibilidad de disponer de su propio cuerpo, mejor dicho de partes de este, desde el aspecto neoliberal de un creciente reconocimiento de la libertad y de la autonomía de cada sujeto.

El mismo Gary Becker, premio Nobel de la economía, en un artículo de hace algunos años⁴⁰, igualó la donación de órganos en vida con la enajenación de los óvulos en la maternidad subrogada, algo que hasta hace algunos años se consideraba antijurídico, además de éticamente discutible.

Se trata de analogías que, inevitablemente, se basan en el gobierno del cuerpo entendido como parte del sí mismo, porción separada a descomponer y aislar en función incrementativa: en esta, las dinámicas de inclusión y exclusión del yo del propio cuerpo, a través de las cuales se estructuran procesos de identificación y desidentificación, presentan confines lábiles y formas diferenciadas de objetivación.

En este sentido, la categoría del derecho subjetivo, entendido como *facultas agendi* sobre su propio cuerpo ha convertido en más problemática la identificación entre sujeto y cuerpo y ha producido confusión entre propiedad y pertenencia. De hecho, si la pertenencia se configura a través de lo que se mueve en el ámbito del sujeto, delimitando el confín de lo que es extraño, la relación entre corporeidad-subjetividad destaca que el cuerpo no es solo el lugar del intercambio simbólico, sino sobre todo de identidad subjetiva irreducible a categorías “objetivantes”.

¿Hasta dónde el poder sobre su propio cuerpo se puede invocar contra las libertades fundamentales de los individuos en una imagen metafísica y autoregulativa del mercado? Aceptar la idea de una transformación del cuerpo en una mercancía, en enajenable y comercializable, ¿no significaría

³⁸ Sobre la distinción entre cuerpo objeto y cuerpo sujeto, cfr. M.C. TALLACCHINI, “Habeas Corpus? Il corpo umano tra non commerciabilità e brevettabilità”, *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, vol. VI, núm. 4, 1998, p. 531.

³⁹ A este propósito, véase el ensayo de P. HALEWOOD, “On Commodification and Self-Ownership”, *Yale Journal of Law & the Humanities*, vol. 20, 2008, pp. 131 y ss.

⁴⁰ J.J. BECKER, J.J. ELÍAS, “Introducing Incentives in the Market for Live and Cadaveric Live and Cadaveric Organ Donations”, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 21, núm. 3, 2007, p. 21.

deber necesariamente afrontar una deshumanización del concepto de persona, despojándola de su calificación moral⁴¹?

5. “COMMODIFICATION” Y FUNGIBILIDAD DE LOS CUERPOS

Hablamos de piezas fungibles, intercambiables, que sirven para arreglar un cuerpo en sus funciones perdidas, incluso pagadas al precio de una disminución permanente de otro cuerpo, piezas de cuerpos fragmentados, violados, que restituyen toda la carga de ambivalencia de la relación corporeidad-subjetividad; una relación, pues, que –como hemos visto– tradicionalmente se fundamenta en un “ius in se ipsum” de matriz lockiana que considera al sujeto titular de derechos sobre su propio cuerpo como realidad biológica peculiar, pero propietaria.

Desde este punto de vista, se trataría de volver a interpretar de forma débil la noción de “commodification”, atribuyéndole un significado parcial e incompleto⁴²: mercantilización de partes del cuerpo, que cada ‘propietario’ puede evaluar plenamente en términos de costes/beneficios y que se basa en la prioridad absoluta de las libertades negativas y del autogobierno.

Desde esta perspectiva cabe interpretar todas las contingencias que contestan la ecuación mercantilización-explotación y que reconsideran la noción kantiana de dignidad como si se refiriera solo al cuerpo pensado de forma unitaria, como totalidad.

En efecto, si gran parte de la bioética justifica este proceso de mercantilización en el que se legitiman éticamente la adquisición, la venta, el alquiler y el préstamo del cuerpo humano, que corre el riesgo de convertirse en la mercancía final con el consenso de la profesión médica, con la autorización de la ley, con la aprobación de la filosofía⁴³, está claro que transformar el cuerpo humano en una reserva de piezas de recambio a entregar a la contingencia desordena el concepto de persona, entregándolo a los recovecos de un mercado omnívoro.

⁴¹ Sobre qué es la persona, cfr. el fundamental ensayo de L. FERRAJOLI, “La questione dell’embrione fra diritto e morale”, *Notizie di Politeia*, núm. 65, 2002, pp. 151-166.

⁴² Cfr. M. J. RADIN, “Market- Inalienability”, *Harvard Law Review*, núm. 100, 1987, pp. 1849-1937.

⁴³ G. BERLINGUER, F. RUFO, “Mercato e non mercato nel biodiritto”, en C. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (eds.), *Trattato di biodiritto*, T. 1, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1011.

¿Hasta qué punto se puede juridificar el cuerpo? ¿Hasta dónde puede llegar el derecho a la hora de reglamentar las modalidades a través de las cuales se puede disponer del propio cuerpo para sacar provecho de este, y cuál es el límite de un sometimiento del derecho mismo a una lógica puramente económica?

Es indudable que resaltar el alcance incrementativo del contrato respecto de aquel del don conllevaría una total funcionalización de los derechos a los objetivos políticos preestablecidos, sacrificando de forma radical el valor de la dignidad humana a la asignación de recursos procedentes sobre todo de las bolsas de la pobreza global, lo cual lleva a una reproducción exponencial de desigualdades y asimetrías. En efecto, detrás de la transacción económica, en lugar de un gesto solidario remitible al núcleo de los afectos del destinatario, se esconde la desesperación de una supervivencia difícil, incluso negada.

Son cuerpos domesticados, dóciles, manipulables, cuerpos-envases que entregan porciones de sí a la contingencia, cuerpos desordenados, *bodies of law*⁴⁴, cuerpos que cuentan el exceso de vida respecto de las reglas y que entran en una relación asimétrica con otros cuerpos de los cuales marcan inevitablemente el destino. Así las cosas, el cuerpo se convierte en el lugar visible de la desigualdad⁴⁵.

Y el cuerpo mismo, que entra en la dimensión jurídica de forma dramática dado que su juridificación cuenta historias de castigo y de discriminación, obliga al filósofo del derecho a interrogarse sobre cuáles son los confines y los límites relacionados con la exigencia de control y contención de los riesgos derivados de la apertura de un mercado de órganos.

En efecto, la reglamentación del mercado a través del papel de intermediación del Estado⁴⁶ representaría una importante modalidad de control y gestión del riesgo, garantizando la exclusión de lógicas de abuso económico, una garantía de distribución de los recursos a través de modalidades ecuanímes e igual tratamiento, gobernada por los criterios de responsabilidad y necesidad.

Tal y como intentaremos poner de manifiesto en el próximo apartado, entregarse al principio de utilidad social y a evaluaciones de tipo consecuen-

⁴⁴ Cfr. A. HIDE, *Bodies of Law*, Princeton University Press, Princeton, 1997.

⁴⁵ S. RODOTÀ, "Il corpo giuridificato", en *Trattato di biodiritto*, vol. I, cit., p. 51.

⁴⁶ Esta hipótesis se teoriza en C. A. ERIN, J. HARRIS, "An Ethical Market in Human Organs", *Journal of Medical Ethics*, num. 29, 2003, pp. 137-138 y en C. A. ERIN, J. HARRIS, "An Ethically Defensible Market in Organs: A Single Buyer like the National Health Service is an Ansie", *Br. Med. J.*, vol. 325, núm. 7356, 2002, pp. 114-115.

cialista⁴⁷ lleva al mismo tiempo a una completa funcionalización de los derechos a objetivos políticos y a una continua reproducción de prácticas que perjudican la dignidad humana.

Esa forma de negocio planetario de los órganos acabaría radicalizando inevitablemente dinámicas de desigualdad y exclusión del goce de los derechos fundamentales.

6. CONSECUENCIALISMO Y OTRAS ELECCIONES PLAUSIBLES

El debate bioético empieza a pensar en la hipótesis de una legalización del mercado que, a su vez, incluya el pleno involucramiento del Estado como sujeto que avale una redistribución ecuánime y paritaria de los órganos, capaz de neutralizar la configurabilidad de una asignación clandestina de los recursos a través de la maximización de la utilidad general.

Esta hipótesis, presente en el llamado “mercado monopsonístico”⁴⁸, individúa en el Estado el único comprador de los órganos que se redistribuirían por medio de algoritmos, asegurando una gestión sanitaria que respete la necesidad de cada miembro de la comunidad representada.

Así que, por un lado, el Estado debería comprar los recursos a redistribuir por parte de la comunidad evitando –con la individuación de un precio fijo– la explotación en prevalencia provocada por el mundo occidental hacia países con rentas muy bajas; por otro lado, la juridificación del mercado estaría dirigida a desempeñar papeles éticos, de salvaguardia y cuidado de vidas

⁴⁷ Sobre la distinción entre utilitarismo como método de deliberación y utilitarismo como sistema ético, cfr. G. PONTARA, “Utilitarismo”, en N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, *Il Dizionario di Politica*, Utet, Torino, 2004, pp. 1019 y 1024. Esta distinción se basa en la individuación de las probables secuelas del procedimiento decisonal o en la individuación preliminar de principios y criterios valederos de la acción moralmente justificada.

La distinción se sobrepone –pero no la elimina– a aquella entre utilitarismo de la regla y utilitarismo de la acción que, desde el punto de vista de la definición, se puede remitir a R.B. BRANDT, *Ethical Theory. The Problems of Normative and Critical Ethics*, Prentice Hall, Englewood Cliffs (N.J.), 1959. Sobre este punto, cfr. por lo menos A.C. EWING, “What Would Happen If Everyone Acted Like Me?”, *Philosophy*, vol. 28, núm. 104, 1953, pp. 16-29 y A.K. STOUTS, “But Suppose Everybody Did the Same?”, *Australasian Journal of Philosophy*, vol. 32, núm. 1, 1954, pp. 1-29.

⁴⁸ La propuesta ha sido presentada por J. HARRIS, “Un mercato monopsonistico per gli organi umani”, *Notizie di Politeia*, vol. VIII, núm. 28, 1992, pp. 3-9.

humanas, encontrando en el principio de utilidad social y en la evaluación de los efectos que de este derivan una justificación consecuencialista⁴⁹.

Con el término “consecuencialismo” nos referimos a aquella orientación de las éticas teológicas que evalúan y prescriben las acciones dependiendo de sus efectos, porque se considera que son moralmente buenos los comportamientos con mejores consecuencias.

Como es notorio, este tipo de justificación relaciona la moralidad de un comportamiento con la previsión de todos los efectos que podrían derivar de una elección ética a través de la individuación de condiciones ideales y necesidades primarias abstractamente perseguibles, mostrando inevitablemente –en la deliberación práctica– la problematicidad de un equilibrio entre intereses contrapuestos, a su vez exento de evaluaciones morales a menudo contrastantes.

Si, en un caso ideal, todas las consecuencias se identifican y sopesan a través de la previsión de un agente moral imparcial, en la realidad, cuando se trata de tomar decisiones concretas y justificar moralmente una decisión sobre la base de los probables efectos, la justificación consecuencialista no logra garantizar de forma unívoca la integridad ética de una decisión sobre la base de los principios convertidos en criterios universales de elección práctica. Ese aspecto deriva inevitablemente de la dificultad de basar la objetividad de los juicios morales en criterios universales considerados razones definitivas de orientación práctica. En efecto, estos siempre resultan reproducir un horizonte ético presupuesto como compartido pero, en realidad, coincidente con el ámbito factual contingentemente producido a través de la prueba de abstracción/generalización.

Esa prueba se llevaría a través de la maximización de la utilidad social, es decir, por medio de la estimación de las utilidades esperadas a partir de un suceso o una decisión, realizada gracias a la asignación de precisos valores numéricos: se trataría de un método deliberativo extremadamente complejo, en el cual cabe definir las utilidades previstas en función del valor de las consecuencias, multiplicado por la probabilidad de que estas se realicen.

Por lo tanto, este procedimiento decisional queda tan abstracto e ideal, que difícilmente sería capaz de orientar concretamente las elecciones prácticas y de justificarlas desde el punto de vista ético-político. Además, deter-

⁴⁹ Sobre la posibilidad de un verdadero derecho sobre el cuerpo de los demás, sobre el trasplante de órganos de cadáveres y sobre una previsión de los efectos en el mercado legalizado, cfr. C. FABRE, *Whose Body is it Anyway? Justice and Integrity of the Person*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2006, p. 181.

mina un peligroso aplastamiento del ámbito ético y jurídico sobre el político, que corre el riesgo de eliminar la posibilidad de crítica de los contenidos cada vez incorporados en el derecho, justificando moralmente los resultados contingentemente producidos por los procesos decisionales.

Con relación a este aspecto, la prevalencia de criterios funcionales, traídos a colación por la prueba de utilidad social, respecto del derecho de igualdad jurídica de cada miembro de la comunidad, no lograría descartar el argumento particularista⁵⁰, entregándose –en la deliberación práctica– a criterios que dependen del contexto y no de razones morales universales y definitivas.

Con esta expresión queremos referirnos a la imposibilidad de neutralizar el dilema práctico a través de mecanismos formales de composición, confiados a pruebas de abstracción y generalización: partiendo de argumentos consecuencialistas, estas aparecen en realidad reproducir elecciones morales, siempre contingentes y subjetivas.

El caso concreto, con todas sus excepciones respecto de la serie ideal y abstracta de condiciones ideales previstas, acabaría debilitando inevitablemente la instancia universalizante, entregándose a formas particulares, contingentes y de deliberación moral.

Además, relacionar la justificación de una decisión moral con la posibilidad de volverla a llevar a un esquema coherente de principios considerados convenientes al bienestar colectivo de sus miembros significaría ofrecer la última justificación a una elección individual basada en razones prudenciales, es decir, un análisis costes/beneficios legitimado por un objetivo políticamente perseguido por el Estado y transformado en las formas de la mediación jurídica.

Para concluir este aspecto, podríamos afirmar que la mediación del Estado en el mercado de los órganos no solo no podría ser sostenible desde el punto de vista ético –porque significaría subordinar el plan de los derechos de todos los sujetos comprometidos a objetivos institucionales– sino también desde aquel en sentido amplio “político” sería una estrategia ineficaz para el arreglo del conflicto: se expondría, por un lado, al riesgo de legitimar en un plan ético los resultados cada vez producidos por un cálculo prudencial y, por otro lado, de abrir de par en par la puerta a otras formas mercantiles de negociación de “derechos”, no controladas ni legalizadas.

⁵⁰ Para una lectura más específica, véase J. DANCY, “Defending Particularism”, *Methaphilosophy*, núm. 30, 1999, pp. 25-32.

7. ¿ES NECESARIO UN “CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO NATURAL”?

Radicalizar las exigencias de seguridad y de control del riesgo a través de la legalización del mercado significaría reproducir formas de discriminaciones, prácticas de desigualdades y lesiones de los derechos fundamentales, renunciando a *un contenido mínimo de derecho natural* expresado en el derecho mismo, pues aquel contenido mínimo de derecho natural del cual habla Hart en *The Concept of Law*⁵¹, dirigido a garantizar la supervivencia de los seres humanos frente a axiomas, verdades obvias, típicas de la naturaleza humana, dentro de las cuales se halla la vulnerabilidad humana, la igualdad aproximativa, el altruismo limitado, los recursos limitados, la comprensión y la fuerza de voluntad limitadas, poniendo de manifiesto la necesidad de que derecho y moral garanticen una especie de núcleo duro.

Si los hombres están expuestos en ocasiones a ataques corporales y, por lo general, pueden quedar afectados por estos –más o menos iguales, ni ángeles ni demonios, sino limitadamente altruistas– las tendencias a las agresiones son tan frecuentes como para perjudicar la vida social si no hay control. Ese control, que consiste en un sistema de recíprocas omisiones formuladas de manera negativa en el derecho y en la moral como prohibiciones, está dirigido a garantizar la mínima finalidad de la vida común: la supervivencia de los individuos.

Precisamente a partir del reconocimiento de la vulnerabilidad humana y de la desigualdad de los individuos, es posible objetar la hipótesis de una juridificación del mercado de órganos. En efecto, si estas sencillas y obvias verdades llevan al sentido común contenido en la doctrina jusnaturalista, considerado el conjunto de hechos naturales y finalidades mínimas, la presencia de sanciones en un ordenamiento tiende a representar una “necesidad natural”⁵² para la protección y los beneficios derivantes del sistema de recíprocas abstenciones de la violencia.

De ahí que no se pueda sino objetar a quien maximice la exigencia de control del riesgo del mercado clandestino de los trasplantes a través de la prueba de utilidad social, a la que se añaden evaluaciones consecuencialistas, que es precisamente el reconocimiento de la vulnerabilidad y de las des-

⁵¹ H.L. HART, *The Concept of Law* (1961), trad. it. *Il Concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002, pp. 225-232.

⁵² Ivi, p. 232.

igualdades de los individuos, su diferencia por lo que a la fuerza física, agilidad y capacidad intelectual se refiere, la *razón* para la existencia de reglas y, esto es, de la misma normatividad jurídica, entendida como instrumento de garantía de cada individuo. Si los hombres no fueran vulnerables y desiguales no se necesitaría de un sistema de recíprocas abstenciones de la violencia y de los ataques corporales, puesto que la ausencia de esas características de nuestra naturaleza convertiría el derecho en inútil, o bien en inevitablemente ineficaz.

El concepto de vulnerabilidad –a través del cual Hart pone de manifiesto los aspectos de la especie humana– tiende a adquirir hoy, además de un alcance específicamente antropológico, que lo enlaza con los rasgos esenciales de la especie humana, también una dimensión cada vez más político-social, en la que proliferan situaciones de desventaja económica y condiciones de marginación social. Este aspecto, que camina al mismo paso que los efectos de los cambios que, durante las últimas décadas, han erosionado los equilibrios tradicionales de los Estados sociales y las bolsas de miseria emergentes de los inestables equilibrios políticos, cruza los horizontes de las vidas contemporáneas⁵³, basadas en una cotidianidad “normalmente insegura” y en riesgos de pobreza extrema.

Lo que convierte a la vulnerabilidad en una categoría ya no solo antropológica –como en la concepción de Hart, para el cual la exposición a ataques corporales origina de la limitación constitutiva de la naturaleza humana– sino en una problemática social muy relevante para la teoría del derecho es la contracción de las capacidades individuales y colectivas de los sujetos, que queda amenazada cada vez a menudo por una inserción inestable en los principales sistemas de integración social y de distribución de los recursos⁵⁴.

En este caso, entendemos la palabra ‘vulnerabilidad’ en dos sentidos: por un lado, como fragilidad y finitud de la existencia humana, naturalmente expuesta a daños permanentes; por otro lado, como peculiar condición social y cultural, en la cual el riesgo de una lesión a la digni-

⁵³ Sobre este aspecto se fundamentan los estudios de N. NEGRI, “La vulnerabilità sociale. I fragili orizzonti delle vite contemporanee”, *Animazione sociale*, vol. XXXVI num. 205, 2006, pp. 14-19, y de N. NEGRI, C. SARACENO (eds.), *Povertà e vulnerabilità sociale in aree sviluppate*, Carocci, Roma, 2003.

⁵⁴ Para más saber, cfr. C. RANCI, *Le nuove disuguaglianze sociali in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2002.

dad y a la integridad de las personas adquiere rasgos alarmantes, exigiendo la protección de los ordenamientos jurídicos y de las instituciones internacionales.

El reconocimiento de la vulnerabilidad de la persona, tanto desde el punto de vista universal y antropológico como en su alcance social, representa indudablemente un pasaje fundamental en el debate filosófico-bioético, en el cual llega a ser –junto con la dignidad y la autonomía de los sujetos– principio fundamental⁵⁵, concretizándose más específicamente en un derecho a la asistencia de los sujetos considerados débiles y en la tutela de la integridad y autonomía sobre la base de las cuales se fundamenta el principio solidario y aquel de no discriminación.

Respecto de esto, cabe observar que la llamada “donación samaritana”, puesta en práctica en Gran Bretaña, Suiza, Holanda, Noruega, Suecia, Israel, América del Norte, Canadá, Japón, Corea e Italia (donde se está experimentando) –que permite el trasplante del riñón entre personas que no tienen relaciones de parentesco o afectivas, por medio de la donación de un órgano a centros de trasplante, institutos universitarios y hospitales, manteniendo el anonimato entre donante y receptor– corre el riesgo de transformarse en un instrumento de enajenación disimulada, por la dificultad de objetivar los criterios de la gratuidad, no futilidad y gratuidad del gesto⁵⁶.

Una vez más remitimos a Hart, por recordarnos de una característica ulterior del género humano, que fundamenta el contenido mínimo del derecho natural: *el altruismo limitado*. Este axioma, basado en la limitación cooperativa de los hombres, en su debilidad estructural, que permite solo parcialmente elecciones solidarísticas, representa el cimiento mismo de la disciplina de los trasplantes, relacionada, como es notorio, con el discurso biológico o afectivo en sentido estrecho.

Se trata de una estrategia que, indudablemente, aumenta e incrementa con un acto-súper-distributivo la asignación de los órganos, preservando formalmente el elemento simbólico del don, pero que no se escapa totalmente de los riesgos de comercialidad, la cual podría adquirir diferentes modalidades y formas de beneficio económico en sentido amplio, pero que correría

⁵⁵ En particular, el reconocimiento se da con la Declaración de Barcelona de 1998.

⁵⁶ Cfr. F. D'AGOSTINO, “Postilla” en *La donazione da vivo del rene a persone sconosciute* (c.d. “donazione samaritana”), Comité Nacional para la Bioética, 23 de abril de 2010, consultable en el enlace: http://www.trapianti.salute.gov.it/imgs/C_17_normativa_3_allegato.pdf

el riesgo de transformar a las personas y a sus cuerpos de categoría humana a objetos del deseo económico⁵⁷.

Nosotros opinamos que *commodification* no se puede traducir en dinámicas aumentativas que perjudican los derechos fundamentales de los individuos, cuya vulnerabilidad los convierte en extremadamente chantajeables, dóciles y dominables.

Este es el sentido de la importancia de asegurar al derecho un contenido mínimo de derecho natural que tome en serio vulnerabilidad, desigualdad, altruismo limitado de los seres humanos, su comprensión y fuerza de voluntad limitadas y la presencia misma, en la sociedad, de recursos limitados para preservar sus necesidades primarias.

Si este es el sentido del derecho, seguramente podemos afirmar que la hipótesis de una *legal commodification*, basada en la fragmentación de los cuerpos, acaba inevitablemente comprometiendo en términos morales el tema tanto candente como urgente de la definición de 'naturaleza humana', implicando el riesgo de privar el derecho de la función primaria, que estabiliza exigencias sociales y de justicia.

VALERIA GIORDANO
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Università di Salerno
via Giovanni Paolo II, 132
84084, Fisciano, Salerno Italia
e-mail: vgiordano@unisa.it

⁵⁷ L. A. SHARP, "The Commodification of the Body and Its Parts", *Annu. Rev. Anthropol.*, núm. 29, 2000, p. 293.